

REVISTA DE DERECHO PROCESAL

Dirigida a Iberoamérica

CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE HONORARIO

Víctor Fairén Guillén

Catedrático de Derecho Procesal, jubilado

Profesor Emérito de la Universidad Autónoma de Madrid

Alfredo Dagnino Guerra

Letrado del Consejo de Estado

Antonio Dorado Picón

*Presidente del Colegio Nacional de Secretarios
Judiciales*

Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa

*Presidente del Consejo General de Procuradores
de España*

Pedro Gallego Castillo

*Abogado. Profesor Titular de la Escuela de Práctica
Jurídica de la U.C.M.*

Vicente Gimeno Sendra

Catedrático de Derecho Procesal de la UNED

Jesús González Pérez

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Complutense de Madrid (jub.)*

Juan José González Rivas

Magistrado del Tribunal Supremo

Rafael Hinojosa Segovia

*Profesor Titular de Derecho Procesal de la
Universidad Complutense de Madrid. Abogado*

Francisco de Lucas Fernández

*Notario, honorario. Profesor Titular de la Escuela
de Práctica Jurídica de la U.C.M.*

Carlos Magaz Sangro

*Abogado. Profesor Titular de la Escuela de Práctica
Jurídica de la U.C.M.*

Luis Martí Mingarro

Decano de I.C. de Abogados de Madrid

José Leandro Mtnez.-Cardós Ruiz

Letrado del Consejo de Estado

Rafael de Mendizábal Allende

*Magistrado del Tribunal Constitucional y Presidente
de Sala del Tribunal Supremo, Emérito*

Juan Montero Aroca

*Catedrático de Derecho Procesal de la
Universidad de Valencia (s.e.)*

Andrés de la Oliva Santos

*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Complutense de Madrid*

Manuel Ortells Ramos

*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad de Valencia*

Santiago Ortiz Navacerrada

*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad de Alcalá (jub.)*

Miguel Pastor López

Magistrado del Tribunal Supremo (jub.)

DIRECTOR

Pedro Aragoneses Alonso

Profesor Emérito de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid

SECRETARIA

Sara Aragoneses Martínez

Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid

Año 2006

Periodicidad anual

Obtención de pruebas en Europa: la función del TEDH en la implantación del principio de reconocimiento mutuo en el proceso penal*

Lorena Bachmaier Winter
Profesora Titular Derecho Procesal UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. LAS DIFICULTADES EN LA OBTENCIÓN Y ADMISIBILIDAD DE PRUEBAS EN LOS PROCESOS PENALES TRANSNACIONALES EN LA UE.— III. EL PAPEL DEL CEDH EN LA DEFINICIÓN DE LOS PARÁMETROS MÍNIMOS APLICABLES EN MATERIA DE GARANTÍAS EN EL PROCESO PENAL. 1. *La doctrina del TEDH en materia de diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales.* 1.1. El requisito de la previsión legal. 1.2. Necesidad de la medida en una sociedad democrática. 1.3. Algunos ejemplos de la valoración de la proporcionalidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales en la doctrina del TEDH. 1.4. La ausencia de un parámetro homogéneo para valorar la proporcionalidad en materia de prueba y la doctrina del "margen de apreciación nacional".— IV. DEL RÉGIMEN CONVENCIONAL DE ASISTENCIA JUDICIAL AL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO EN MATERIA DE PRUEBA. 1. *El principio de reconocimiento mutuo.* 2. *El principio de reconocimiento mutuo en materia de prueba en el proceso penal.* 3. *La confianza como premisa para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo.*— V. CONCLUSIÓN.

* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación "Integración europea y armonización de las garantías fundamentales en el proceso penal" (SEJ2005-05719/JUR1) financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

I. INTRODUCCIÓN

La eliminación de las fronteras interiores acordada entre diversos Estados miembros de la Unión Europea, iniciada con el Acuerdo de Schengen de 1985 y ampliada en el Convenio de Aplicación de Schengen de 1990¹, ha convertido el deseo de una mayor cooperación judicial entre los Estados miembros de la UE en auténtica necesidad, con el fin de arbitrar mecanismos eficaces en la lucha contra la delincuencia transfronteriza. En el camino de la construcción europea, se fija como objetivo la creación de un espacio de justicia como presupuesto para el verdadero ejercicio de la libertad de los ciudadanos de la Unión², objetivo que se concreta en las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere (15.10.1999)³.

En el ámbito procesal se advierten en los diversos Estados miembros importantes diferencias en la estructura del proceso penal, regulación de la competencia, las funciones de la fiscalía, los derechos de la víctima, los derechos del acusado, etc.⁴. Pero esas diferencias, que de suyo son tan explicables como aceptables, desde la perspectiva de la unificación euro-

¹ Convenio de Aplicación de 19 de junio de 1990 relativo a la implementación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 relativo a la supresión gradual de los controles de las fronteras comunes, DO L 239, de 22.9.2000. Sobre el mismo, vid., entre otros, W. SCHOMBURG, "Strafrecht und Reschthilfe im Geltungsbereich von Schengen II", *NJW* 1995, pp. 1931 y ss.; R. OBERLEITNER, *Schengen und Europol. Kriminalitätsbekämpfung in einem Europa der inneren Sicherheit*, Wien 1998; T. HACKNER, O. LAGODNY y W. SCHOMBURG, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, München 2003; V. MORENO CATENA y R. CASTILLEJO MANZANARES, *La persecución de los delitos en el Convenio de Schengen*, Valencia 1999.

² En el Tratado de Amsterdam, dentro del "tercer pilar" se alude a la cooperación, la asimilación normativa y la aproximación de las legislaciones. En el texto del Tratado de la Constitución Europea, el art. III-158 regula los mecanismos para la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia, incidiendo —al igual que los antiguos arts. 29 TUE y 61 TCE— en la coordinación, la cooperación, el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y la aproximación de legislaciones penales (Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, versión consolidada, Bruselas 25.6.2004, CIG 86/04). Su art. III-158 señala: "3. La Unión se esforzará por garantizar un alto grado de seguridad a través de medidas de prevención y de lucha contra la delincuencia y contra el racismo y la xenofobia, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales penales y las demás autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales penales y, si es necesario, la aproximación de legislaciones".

³ http://www.europa.eu.int/european_council/conclusions/index_es.htm. Entre sus conclusiones se señalaba que "debe evitarse que los delincuentes encuentren la forma de aprovecharse de las diferencias existentes entre los sistemas judiciales de los Estados miembros, para lo cual es preciso trabajar en el principio del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y lograr que aumenten la compatibilidad y la convergencia de los sistemas jurídicos de los Estados miembros" (núm. 5).

⁴ Vid. el informe elaborado por The Law Society, "Study of the laws of evidence in criminal proceedings throughout the European Union", <http://www.international.lawsociety.org.uk>.

pea se tornan en obstáculos que inciden negativamente en la eficacia de la asistencia judicial en materia penal y en la persecución de la delincuencia transfronteriza. Los obstáculos se muestran especialmente visibles en el campo probatorio y, en especial, cuando para la obtención de pruebas ha de acordarse una medida restrictiva de un derecho fundamental.

Las instituciones europeas han desarrollado un programa para superar las deficiencias de la asistencia judicial en la UE cuyo objetivo es la gradual implantación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal. El principio de reconocimiento mutuo se basa en la premisa de que todos los Estados miembros de la UE comparten una misma concepción y respeto de los derechos humanos, pues todos ellos son miembros del Consejo de Europa, signatarios del CEDH y de los más importantes Convenios Internacionales sobre derechos fundamentales. Esa común concepción haría posible la superación de las diferencias existentes entre los diversos ordenamientos jurídicos para alcanzar la libre circulación de resoluciones judiciales. Nuestro objetivo aquí es reflexionar acerca de los problemas que se aprecian en la obtención de pruebas a través de la asistencia judicial y el principio de reconocimiento mutuo como vía para superar esas dificultades en el ámbito de la UE. Particularmente nos interesa analizar si realmente se dan las condiciones básicas para la aceptación del principio de reconocimiento mutuo en materia penal, esto es, si la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es suficiente para afirmar que en el ámbito europeo existe un *standard* mínimo compartido en cuanto al respeto de los derechos fundamentales.

II. LAS DIFICULTADES EN LA OBTENCIÓN Y ADMISIBILIDAD DE PRUEBAS EN LOS PROCESOS PENALES TRANSNACIONALES EN LA UE

Actualmente, la cooperación judicial europea en materia de prueba sigue articulándose mayoritariamente a través de la vía convencional —con una incipiente aplicación de los instrumentos europeos basados en el principio de reconocimiento mutuo—. El principal marco jurídico de la cooperación judicial en la UE se basa en el derecho internacional, en concreto en el Convenio de 1959⁵, que se complementa con el Acuerdo

⁵ Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal, de 20 de abril de 1959 (Consejo de Europa, Serie Tratados, núm. 30), que se complementa con los protocolos de 1978 y 2001 (Consejo de Europa, Serie Tratados, núms. 99 y 182, respectivamente).

de Schengen. La firma del Convenio Europeo sobre Asistencia Judicial, de 29 de mayo de 2000, ha supuesto un avance importante en esta materia⁶. Como principales innovaciones, este convenio prevé la posibilidad de que el órgano requirente señale los trámites y procedimientos que el órgano del Estado requerido ha de observar al ejecutar la comisión rogatoria⁷; y la simplificación de la transmisión de las solicitudes de asistencia (art. 6)⁸ —si bien en el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen ya se preveía que las mismas se dirigieran directamente a la autoridad cuya colaboración se solicita, y en casos de urgencia a través de Interpol⁹—. Lamentablemente, como sucede con más frecuencia de la deseable en el ámbito de la cooperación judicial, desde la aprobación del Convenio hasta su entrada en vigor ha transcurrido un largo lapso de tiempo¹⁰. El Convenio de 29 de mayo de 2000, después de más de cinco años, ha entrado finalmente en vigor el 23 de agosto de 2005, al haber sido ya firmado por ocho de los “viejos” Estados miembros de la Unión, tal y como se requiere en su art. 27(3)¹¹. No existe de momento experien-

⁶ Publicado en el DO C 197, de 12 de julio de 2000 y el protocolo aprobado por Acto del Consejo de 16 de octubre de 2001, DO C 326, de 21 de noviembre de 2001. Sobre el mismo vid. A. M. LOURIDO RICO, *La asistencia judicial penal en la Unión Europea*, Valencia 2004, pp. 54 y ss.; J. PÉREZ GIL, “El Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE: ¿un instrumento anclado en coordinadas superadas?”, *La Ley*, 2-2005, pp. 1547-1560.

⁷ Art. 4.

⁸ Art. 6:

“Transmisión de solicitudes de asistencia judicial.

1. Las solicitudes de asistencia judicial, así como los intercambios espontáneos de información a los que se hace referencia en el art. 7, se efectuarán por escrito, o por cualesquiera medios que puedan dejar constancia escrita en condiciones que permitan al Estado miembro receptor establecer su autenticidad. Dichas solicitudes se efectuarán directamente entre las autoridades judiciales que tengan competencia jurisdiccional para formularlas y ejecutarlas, y se responderán del mismo modo, salvo que en el presente artículo se disponga lo contrario.

(...)

4. En caso de urgencia, las solicitudes de asistencia judicial podrán transmitirse por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol) o de cualquier órgano competente según las disposiciones adoptadas en virtud del Tratado de la Unión Europea.”

⁹ Art. 53.

¹⁰ En este sentido D. ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, “Las magras rentas del Tercer Pilar de la Unión Europea. Seis años de cooperación en los asuntos de Justicia e Interior”, *Rev. Jueces para la Democracia* núm. 35 (1999), pp. 79-91, 86.

¹¹ Todavía no ha sido ratificado por todos los Estados miembros de la Unión Europea, entre ellos, a fecha de octubre de 2005 faltaba el consentimiento de Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo y Reino Unido. Por otro lado, España ya había efectuado una declaración de aplicación provisional del Convenio de Asistencia Judicial el 23 de septiembre de 2003. El Convenio se aplicaba ya provisionalmente entre España y Portugal desde el 6 de octubre de 2003. Vid. BOE de 15 de octubre de 2003.

cia suficiente para valorar la aplicación del mismo y, por otro lado, no ha de olvidarse que son muchos los Estados miembros que todavía no han ratificado este Convenio.

En los procesos penales transfronterizos, las dificultades se presentan en dos planos diferentes: en primer lugar, en lo relativo al modo de articular la cooperación judicial internacional; y en segundo lugar, en lo que se refiere al valor y a la admisibilidad de las pruebas obtenidas en el país extranjero.

Tomemos como ejemplo los siguientes supuestos:

1. Un juez español requiere la intervención de las comunicaciones telefónicas de un sujeto imputado de la comisión de un delito de estafa a las autoridades del Reino Unido, lugar donde al parecer se encuentra el imputado.
2. Un juez español solicita la remisión de las declaraciones que realizó el imputado al ser detenido en Suecia, momento en el cual, sin embargo, no se advirtió al imputado de su derecho a no declarar.
3. A petición de un juez alemán que investiga un delito de lesiones graves contra una mujer, un juez español toma declaración como testigo a la compañera sentimental del imputado, la cual se encuentra en España.

En relación con la asistencia judicial

Cada uno de los jueces, antes de cursar una solicitud de cooperación judicial internacional o ejecutar el requerimiento de un juez de alguno de los Estados miembros de la UE, debería realizar las siguientes operaciones:

- 1) Constatar si existe algún convenio bilateral con el Estado requerido y si éste sigue en vigor;
- 2) Comprobar si resulta aplicable el Convenio Europeo de Asistencia Judicial de 29 de mayo de 2000 y constatar si el Estado miembro donde ha de ejecutarse la medida lo ha ratificado;
- 3) En caso negativo, buscar las normas aplicables del Convenio de asistencia judicial en materia penal de 20 de abril de 1959, elaborado en el seno del Consejo de Europa y estudiar si el Estado en cuestión ha formulado reservas a la aplicación del Convenio. Conforme a este convenio, las partes contratantes se esforzarán en prestarse ayuda mutua en el ámbito judicial penal, si bien esa asistencia mutua puede ser denegada, entre otros motivos, por razones de orden público o en atención a los intereses nacionales del Estado requerido (art. 2). En caso de que se trate de una medi-

da de entrada y registro o de un embargo, el cumplimiento de la comisión rogatoria puede estar sometido al requisito de la doble incriminación y a que la diligencia sea compatible con el derecho del Estado requerido (art. 4). Después de comprobar que se cumple el requisito de la doble incriminación, procederá a la transmisión de las solicitudes de cooperación que, salvo casos de urgencia, se realiza a través de los Ministros de Justicia correspondientes (art. 15);

- 4) Comprobar si resulta aplicable el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, que complementa el mencionado Convenio de asistencia mutua de 1959 y que supone una importante agilización respecto del régimen convencional anterior, pues las solicitudes se canalizan directamente entre autoridades judiciales, se limitan las causas de denegación de la asistencia y en su art. 51. a) se suaviza notablemente la exigencia de la doble incriminación.

A los trámites anteriores han de añadirse los propios de la elaboración de los correspondientes formularios —no siempre unificados—, la descripción de los hechos que motivan la solicitud y del delito perseguido en alguna de las lenguas aplicables y la traducción de los documentos al idioma del Estado requerido. De todo ello, siguiendo con los ejemplos antes citados, resultaría que, salvo para la petición cursada al Reino Unido, a los demás países les sería de aplicación lo dispuesto en el Convenio de Schengen, en tanto que complementa lo previsto en el Convenio de 1959. Sólo al exhorto remitido a las autoridades suecas les sería de aplicación el Convenio Europeo de Asistencia Judicial de 29 de mayo de 2000, pues ni el Reino Unido ni Alemania han ratificado dicho Convenio hasta la fecha.

Imagínese ahora que en el marco de la investigación de un proceso penal en el ámbito de la delincuencia organizada con redes presentes en diferentes Estados europeos, un mismo juez tiene que cursar múltiples exhortos a cada uno de esos Estados. Se enfrenta en ese caso a lo que se ha denominado un complejo mosaico de instrumentos jurídicos, unos de carácter internacional y otros encuadrados dentro del derecho europeo¹².

En los casos en que es preciso acudir a la asistencia de los órganos judiciales de otros Estados miembros es donde se aprecia, con particular claridad, la larga carrera de obstáculos a la que se enfrenta el juez o autoridad nacional que investiga un delito hasta lograr que se ejecuten de-

¹² Así, J. R. SPENCER, "An Academic Critique of the EU Acquis in Relation to Transborder Evidence-Gathering", en *Dealing with European Evidence in Criminal Proceedings: National Practice and European Union Policy*, ERA-FORUM, SCRIPTA IURIS EUROPAEI, Trier 2005, pp. 28-40, 29.

terminadas diligencias probatorias en otro Estado¹³. La cooperación judicial internacional entre Estados se articula a través de convenios internacionales, que garantizan el cumplimiento de los exhortos y establecen la forma de realizarlos. Pero, siendo instrumentos absolutamente imprescindibles en el ámbito europeo, desde la perspectiva de las instituciones europeas, la vía convencional resulta insuficiente para responder a las necesidades de una Europa sin fronteras.

En relación con la admisibilidad de pruebas

Cursadas o recibidas, en su caso, las solicitudes de cooperación judicial internacional, y si los órganos del Estado requerido consideran que se cumplen las previsiones previstas en cada uno de los instrumentos de asistencia jurídica mutua, se procederá a la práctica de las diligencias probatorias solicitadas. Conforme al régimen convencional, la práctica de las mismas se realizará conforme a la legislación del Estado donde ha de practicarse. Una vez realizadas, el tribunal enjuiciador se enfrenta al problema de su admisibilidad. Podría suceder que, después de todo el esfuerzo conjunto, esas pruebas no pudieran ser admitidas en virtud de la legislación procesal del Estado donde se lleva a cabo el enjuiciamiento.

En los ejemplos mencionados, la intervención telefónica realizada en el Reino Unido conforme a su legislación plantearía dudas acerca de su admisibilidad como prueba en un proceso penal español, pues la ley inglesa no requiere su sometimiento a la previa autorización judicial¹⁴.

La declaración realizada por el imputado ante la policía sueca quizás no fuera admisible como prueba en España, al no habersele informado previamente al imputado de su derecho a guardar silencio, aunque sí es posible que pudiera ser valorada como prueba ante un juez sueco, pues ese ordenamiento jurídico confiere al juez la potestad de decidir en cada caso si se admiten las pruebas ilícitas o no¹⁵.

La declaración de la compañera sentimental del imputado realizada ante los órganos judiciales españoles se efectuaría conforme a la legislación española y, por tanto, sin que esa persona estuviera exenta del deber de declarar como testigo por razón de su relación con el imputado, lo

¹³ Vid. de manera muy gráfica describe esos obstáculos desde el punto de vista holandés, R. GERDING, "Protecting financial interests of the EU through judicial cooperation" en *Evidence Warrant*, (ed. J.A.E. Vervaele), pp. 19 y ss.

¹⁴ Vid. RIPA 2000 (Regulation of Investigatory Powers Act):

<http://www.homeoffice.gov.uk/docs/iocccop>

¹⁵ Seguimos aquí el informe sobre Suecia realizado por N. JAREBORG en *The implementation of the Corpus Iuris in the Member States*, cit., p. 251. Vid. también el informe elaborado por The Law Society "Study of the laws of evidence in criminal proceedings throughout the European Union", octubre de 2004, www.international.lawsociety.org.uk.

que implica que no sería informada de su derecho a no declarar¹⁶. Ello plantearía dudas acerca de su admisibilidad en un proceso alemán como prueba al no haberse respetado el derecho previsto en las normas procesales penales alemanas relativas al derecho a no declarar como testigo (*Zeugnisverweigerungsrecht* § 52 StPO). Esa posible inadmisibilidad podría haberse salvado si en la declaración testifical se hubiera aplicado el art. 4 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial de 2000, pero aun así, al ejemplo citado no le sería de aplicación, pues Alemania aún no ha ratificado ese convenio.

Por último, incluso en el supuesto de que se admitiera la prueba practicada en el extranjero, ante la impugnación de cualquiera de las partes del proceso de su validez alegando que la prueba no se ha practicado conforme a la ley del lugar de ejecución —lo cual no es inusual—, el tribunal enjuiciador deberá entrar a resolver esa cuestión. El control de la licitud en la ejecución resulta de extrema dificultad, pues requiere valorar si se han infringido las normas extranjeras en la obtención de las pruebas. A las dificultades lingüísticas se unen las derivadas de valorar normas de un ordenamiento jurídico ajeno. En tales casos se impone la designación de un experto para que emita un dictamen pericial acerca de la validez de la prueba practicada en el extranjero y su posible admisibilidad en el proceso en curso.

Lo anterior pone de manifiesto, de un lado, la posible ineficacia de las pruebas obtenidas a través de la cooperación internacional en otro Estado miembro de la UE; y de otro lado, el riesgo —remoto pero posible— de que esa diversidad de criterios de admisibilidad de pruebas en los diferentes Estados miembro pueda dar lugar a que las partes a través de las normas de competencia, busquen el “foro más conveniente” para el enjuiciamiento del imputado, eligiendo el del lugar donde la admisibilidad y eficacia de las pruebas se sometan a menores exigencias.

III. EL PAPEL DEL CEDH EN LA DEFINICIÓN DE LOS PARÁMETROS MÍNIMOS APLICABLES EN MATERIA DE GARANTÍAS EN EL PROCESO PENAL

En el camino hacia la integración y la armonización de los ordenamientos jurídicos europeos, el TEDH sin duda ha jugado un papel de-

¹⁶ El art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, al enumerar los sujetos exentos del deber de declarar como testigos en un proceso penal, no incluye a las personas que mantienen con el imputado un vínculo equiparable al matrimonial. Sobre la materia de la exención de declarar como testigos vid. in extenso V. MORENO CATENA, *El secreto de la prueba de testigos del proceso penal*, Madrid, 1980.

cisivo en el ámbito del Consejo de Europa, a través de la jurisprudencia elaborada en la aplicación e interpretación del CEDH¹⁷. Todos los países miembros de la UE son miembros del Consejo de Europa y están sometidos a la jurisdicción del TEDH. No estamos meramente ante una declaración de derechos fundamentales, sino ante un eficaz sistema de control del cumplimiento de los mismos. Muchas Constituciones de Estados miembros de la UE reconocen el CEDH como derecho interno; la Constitución española de 1978 establece expresamente la vinculación de nuestros tribunales a lo dispuesto en los Tratados Internacionales suscritos por España en materia de derechos fundamentales¹⁸.

A lo largo de los años, la jurisprudencia del TEDH ha logrado definir un *standard* mínimo de los derechos fundamentales y, en lo que aquí respecta, de los derechos y garantías de los ciudadanos en la esfera procesal. La doctrina del TEDH permite así dibujar el núcleo de lo que sería un proceso penal europeo en materia de garantías procesales y derechos de los imputados¹⁹. En el ámbito de la investigación penal y las medidas restrictivas de derechos fundamentales, resulta de particular importancia la doctrina elaborada en relación con los derechos a el art. 8 CEDH: al analizar en cada caso concreto si las autoridades públicas competentes para la prevención y represión del delito han infringido el derecho a la intimidad, a la vida familiar, al domicilio o a la libre comunicación, se han ido definiendo los requisitos que han de respetarse en la adopción de las diligencias sumariales restrictivas de derechos fundamentales. Veamos el alcance de esa doctrina en materia de diligencias probatorias restrictivas de derechos fundamentales.

¹⁷ Como señala J. A. FROWEIN, “Der Straßburger Grundrechtsschutz”, en la obra colectiva *Europäischer Grundrechtsschutz*, (eds. K. F. Kreuzer, H. Scheunig y U. Sieber), Baden-Baden, 1998, p. 27, el CEDH es un instrumento de integración de una naturaleza muy especial, lo que ha llevado a la Comisión y al Tribunal de Justicia a calificar al Convenio de “constitutional instrument of European public order”. Hasta tal punto valora este autor la función constitucional del TEDH que llega incluso a cuestionar la necesidad de aprobar una Carta de derechos fundamentales para la Unión Europea.

¹⁸ Art. 10.2 CE: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. En concreto vid. A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional del derecho internacional y europeo de los Derechos Humanos. El art. 10.2 de la Constitución Española*, Madrid 1999; L. MARTÍN RETORTILLO, *La recepción por el Tribunal Constitucional de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, RAE, núm. 137 (1995), pp. 7-29.

¹⁹ R. ESSER, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht*, Berlin 2000, pp. 821 y ss.

1. La doctrina del TEDH en materia de diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales²⁰

En el ámbito del proceso penal la tensión entre seguridad pública y derechos individuales —tensión que está presente en todo el derecho penal— es especialmente visible, pues las restricciones de los derechos fundamentales en la investigación procesal se acuerdan sobre la base de una sospecha y frente a un sujeto amparado por la presunción de inocencia. Los presupuestos para acordar esas restricciones y las garantías frente a las mismas constituyen quizás unos de los indicadores más sensibles del Estado de Derecho y, por tanto el ámbito donde los problemas de la asistencia judiciales presentan son más delicados. A ello se une que este tipo de medidas de investigación penal ha incrementado su relevancia desde el punto de vista probatorio, lo cual exige controlar rigurosamente que en esa fase previa se respetan las garantías procesales fundamentales.

En una reiterada doctrina el TEDH ha fijado como presupuestos básicos para la adopción de cualquier medida restrictiva de un Derecho Fundamental, que exista una suficiente previsión legal y que tal restricción pueda ser valorada como necesaria en una sociedad democrática²¹. Sin duda este último requisito es el que más problemas suscita y en cuya valoración el Tribunal goza de un mayor margen de discreción. Pero es precisamente a través del estudio de cuándo y en qué condiciones una medida de instrucción resulta justificada en una sociedad democrática, como se ha elaborado esa doctrina jurisprudencial que define la concepción de los derechos fundamentales en el proceso penal.

A la hora de estudiar si el art. 8 CEDH ha sido infringido o no, el Tribunal suele seguir el siguiente método de análisis. Primero considera si en el caso concreto se ha producido efectivamente una injerencia en alguno de los derechos amparados en este precepto. En segundo lugar, examina si esa injerencia es conforme a la ley del lugar donde se practicó la diligencia. Y en tercer lugar analiza si la adopción de la medida resulta necesaria en una sociedad democrática.

²⁰ Sobre esta materia me remito a L. BACHMAIER WINTER, "Investigación penal en Europa y restricción de derechos fundamentales. La función del TEDH en el difícil camino hacia el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia de prueba", ponencia presentada en México, septiembre de 2004 (en prensa).

²¹ Así, entre otras, *Handyside v. United Kingdom*, de 7.12.1976, *The Sunday Times v. United Kingdom*, de 26.4.1979, *Huvig v. France*, de 24.4. 1990, *Valenzuela Contreras v. Spain*, 30.7.1998.

1.1. EL REQUISITO DE LA PREVISIÓN LEGAL

Una vez que se ha constatado que una medida constituye una interferencia en la esfera de los derechos fundamentales amparados en el art. 8 CEDH, el Tribunal analiza si la medida adoptada por las autoridades públicas tiene cobertura legal en el país donde se ha practicado. La reserva de ley constituye un presupuesto formal del principio de proporcionalidad, y es consecuencia necesaria de la concepción del principio de legalidad en un Estado democrático de Derecho, que consagra el principio de la supremacía de la ley²². El término "ley" en este contexto no ha de interpretarse únicamente como ley en sentido formal, sino que abarca tanto la noción de ley escrita como la de jurisprudencia o doctrina legal; en términos literales del Tribunal, comprende "written but also unwritten law"²³. La precisión es de especial —pero no exclusiva— relevancia para aquellos países pertenecientes a la tradición de la "common law".

La exigencia de que la medida sumarial restrictiva de un derecho fundamental esté prevista en la ley nacional implica, además, que la norma legal sea accesible al ciudadano de tal manera que pueda prever las consecuencias de la aplicación de esa norma. Accesibilidad y previsibilidad (*foreseeability*) de la norma se convierten en requisitos que afectan a la denominada calidad de la previsión legal²⁴. Esa suficiente previsión legal resulta, además, especialmente importante en relación con todas aquellas medidas restrictivas de derechos fundamentales que se adoptan sin conocimiento del afectado, pues en esos casos los riesgos de arbitrariedad son obviamente mayores (así, por ejemplo, el caso *Halford*²⁵).

²² Vid., entre otros, N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid 1990, pp. 69-70.

²³ *The Sunday Times v. United Kingdom*, de 26.4.1979; *Malone v. United Kingdom*, de 2.8.1984. Tal doctrina es coherente con el diverso sistema de fuentes en los ordenamientos jurídicos de *common law*, así como con el valor de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales en los ordenamientos jurídicos de derecho continental europeo.

²⁴ La norma ha de ser suficientemente clara e indicar de manera adecuada a los ciudadanos en qué circunstancias y bajo qué condiciones están las autoridades públicas facultadas para adoptar determinadas medidas que restringen los derechos fundamentales de un ciudadano, con el fin de que puedan tomarse medidas de protección adecuadas frente a un posible abuso por parte de las autoridades públicas. Así, entre otras, *Malone v. United Kingdom*, de 2.8.1984; *Kruslin v. France* y *Huvig v. France*, ambas de 24.4.1990; *Kopp v. Switzerland*, de 25.3.1998; *Valasinas v. Lithuania*, de 24.7.2001. En la sentencia *The Sunday Times v. United Kingdom*, de 26.4.1979, sobre la restricción del art. 10 CEDH (libertad de expresión) se especifica que la norma debe permitir prever de manera razonable atendiendo a las circunstancias ("to a degree that is reasonable in the circumstances"), las consecuencias que una determinada conducta puede implicar.

²⁵ *Halford v. United Kingdom*, de 25.6.1997.

El Tribunal de Estrasburgo ha entendido que se incumple el requisito de la previsión legal si, aun existiendo norma legal, ésta es excesivamente general (por ejemplo, en los casos *Huvig*²⁶ y *Calogero Diana*²⁷).

1.2. NECESIDAD DE LA MEDIDA EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

Conforme al CEDH, la diligencia restrictiva de un Derecho Fundamental sólo es admisible si la misma puede ser valorada como necesaria en una sociedad democrática. En palabras del Tribunal Europeo, ha de responder a una "necesidad social imperiosa" (*pressing social need*²⁸), lo cual significa, en primer lugar, que con la aplicación de la medida se persiga alguno de los fines legítimos enumerados en el art. 8.2 CEDH. De ordinario corresponde al juez, como garante de los derechos fundamentales y de las garantías públicas, decidir en cada caso si, atendiendo a los legítimos intereses de la investigación y de la persecución del hecho delictivo, resulta justificable restringir derechos tan relevantes como la intimidad o la libertad individual²⁹.

En segundo lugar, la medida ha de ser estrictamente necesaria en una sociedad democrática. Requisito que, a su vez, se desglosa en tres elementos: necesidad³⁰, idoneidad³¹ y proporcionalidad en sentido estricto. A estos elementos se une la exigencia de que existan adecuados mecanismos de control de la necesidad de la medida, esto es, que el ciudadano disponga de un cauce para poner de manifiesto la improcedencia o irregularidad de la medida acordada³².

²⁶ *Huvig v. France*, de 24.4.1990.

²⁷ *Calogero Diana v. Italy*, de 15.11.1996. Vid. también *Valenzuela Contreras v. Spain*, de 30.7.1998; y *Prado Bugallo v. Spain*, de 18.2.2003.

²⁸ Así, por ejemplo, en *Silver v. United Kingdom*, de 25.3.1983; o *Camezind v. Switzerland*, de 16.12.1997.

²⁹ Naturalmente, no hay reglas absolutas o ecuaciones matemáticas para realizar la valoración de la necesidad y proporcionalidad de una medida restrictiva de un derecho fundamental. Pero el TEDH, al hilo de su decisión sobre casos particulares, ha ido proporcionando ciertas pautas a seguir, que pueden exponerse de acuerdo con el siguiente esquema.

³⁰ La necesidad de la medida atiende a la consideración de si hay una medida menos lesiva de los derechos de los ciudadanos que permita llegar al mismo fin. Por tanto, la valoración de la necesidad se realiza en relación con la existencia de posibles medios alternativos para alcanzar el mismo fin, o un fin análogo, que interfieran con menor intensidad en la esfera de los derechos fundamentales. Así, en el caso *Handyside v. United Kingdom*, de 7.12.1976.

³¹ El criterio de la idoneidad se refiere a si la medida resulta adecuada para cumplir el fin legítimo para el que se autoriza la restricción de un derecho fundamental.

³² Como se señalaba en el caso *Lambert (Lambert v. France)*, de 24.8.1998, si en la legislación nacional no existe un mecanismo de control efectivo, o si, existiendo, el ciudadano se ve privado del mismo, la injerencia en el ámbito de los derechos fundamentales se torna ilícita y contraviene el art. 8 CEDH. Vid. la doctrina general en *Klass and others v. Germany*, de 6.9.1978.

OBTENCIÓN DE PRUEBAS EN EUROPA: LA FUNCIÓN DEL TEDH EN LA...

El principio de proporcionalidad actúa como un importante factor de corrección y limitación de la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales, pero su valoración no resulta sencilla. El principio de proporcionalidad es un concepto abstracto que alude a la relación entre el fin a alcanzar —prevención-represión del delito— y el medio empleado para ello —diligencia restrictiva de un Derecho Fundamental—³³. Para ello se ponderan diversos elementos como: la gravedad del hecho delictivo; la intensidad de la sospecha o el tipo de indicios; las perspectivas de éxito de la medida; el esfuerzo en su realización en relación con el resultado a obtener; el perjuicio que se causa en relación con la utilidad del resultado; o el modo de ejecución de la medida.

A través de las resoluciones concretas del TEDH puede realizarse una aproximación al concepto de proporcionalidad que ha ido elaborando el Tribunal, el cual define a su vez el nivel mínimo en materia de derechos y garantías fundamentales en el proceso penal. Veamos algunos ejemplos.

1.3. ALGUNOS EJEMPLOS DE LA VALORACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA DOCTRINA DEL TEDH

En relación con la diligencia de entrada y registro

En el caso *Niemietz*³⁴, el TEDH estimó que se había producido una vulneración del art. 8 CEDH sobre la base de que la medida no fue proporcionada: la orden judicial que la autorizó era demasiado imprecisa, al permitir el registro de "documentos", sin limitación alguna. El Tribunal tomó también en consideración el hecho de que se trataba del despacho de un abogado y las especiales exigencias de confidencialidad que han de respetarse en el caso del ejercicio de esta profesión, además de la repercusión que la quiebra de esa confidencialidad puede tener en la adecuada administración de justicia (y en el respeto al art. 6 CEDH).

En el caso *Miaillhe*³⁵ las autoridades aduaneras realizaron una entrada y registro en los locales del Sr. Miaillhe, en el curso de un procedimiento por evasión de impuestos e infracción de las normas aduaneras, a consecuencia del cual se requisaron para posterior análisis más de 15.000 documentos. El Tribunal, aunque consideraba que la medida de entrada y

³³ Acerca del concepto del principio de proporcionalidad vid. W. DEGENER, *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und strafprozessuale Zwangsmaßnahmen*, Berlin 1985, pp. 31 y ss. En España sigue los mismos planteamientos N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pp. 29 y ss.

³⁴ *Niemietz v. Germany*, de 16.12.1996.

³⁵ *Miaillhe v. France*, de 25.2.93.

registro podía resultar necesaria para la prevención y represión del delito tributario de evasión de impuestos, decidió que, en el presente caso, además de ser insuficiente la normativa aduanera, el registro de documentos se hizo de manera indiscriminada; se requirió una cantidad de documentos desorbitada y sin el suficiente control, como lo prueba el hecho de que miles de documentos fueron devueltos al recurrente por no guardar relación alguna con los hechos investigados. En conclusión, no se respetó el principio de proporcionalidad³⁶.

En relación con las intervenciones telefónicas

La mayoría de las sentencias dictadas por el TEDH se centran en analizar si se ha cumplido adecuadamente el requisito de la suficiente previsión legal. A diferencia de otros presupuestos que sólo es posible definir por vía negativa, en materia de escuchas telefónicas, el Tribunal Europeo ha señalado, en los casos *Kruslin* y *Huvig*, cuáles son los aspectos mínimos que han de estar regulados en la ley para que la medida de la intervención telefónica cumpla con el presupuesto de una suficiente previsión legal³⁷.

Sin embargo, una vez que el Tribunal de Estrasburgo ha estimado la vulneración del art. 8 CEDH por falta de previsión legal, no entra a analizar la cuestión de la necesidad de la medida: según su modo habitual de proceder, habiendo encontrado una causa de infracción del Convenio Europeo, el TEDH no prosigue su análisis y no pasa a interpretar en concreto el principio de proporcionalidad³⁸. Por esa razón, no existen —o no hemos encontrado— pautas y criterios claros en la jurisprudencia de Estrasburgo en cuanto a los elementos que determinan la necesidad y proporcionalidad de las intervenciones telefónicas.

³⁶ Acerca de los elementos para valorar la proporcionalidad de una diligencia de entrada y registro vid. también el caso *Z. v. Finland*, de 25.2.1997.

³⁷ *Malone v. United Kingdom*, de 2.8.1984, en la que se contiene un amplio y detallado estudio de la ley aplicable al caso, y en el que se sienta la doctrina en cuanto al requisito de la suficiente previsión legal. Al establecer cuál ha de ser el contenido mínimo de la regulación nacional en esta materia, la doctrina del Tribunal ha producido un movimiento de aproximación entre los distintos ordenamientos jurídicos europeos. No significa esto que las diferencias vayan a desaparecer, pero la existencia de un contenido mínimo en las normas reguladoras de las diligencias restrictivas de derechos fundamentales implica que en ese aspecto de las legislaciones nacionales de los Estados miembros se seguirá, al menos, un esquema semejante.

³⁸ No obstante, algunas sentencias entran a analizar el concreto modo de realización de la medida. Así sucedía en el caso *Craxi v. Italy*, de 17.7.2003, en el cual se consideró que había sido violado el art. 8 CEDH por no haberse custodiado adecuadamente las cintas que contenían las grabaciones realizadas, produciéndose como consecuencia de ello la difusión pública de las mismas. Pero, apreciada la infracción del Convenio por esta causa, el Tribunal tampoco entra a valorar la proporcionalidad de la medida.

En relación con la intervención de las comunicaciones postales

Existe una abundante jurisprudencia del Tribunal Europeo, aunque la mayoría de los asuntos se refieren a la correspondencia de personas ingresadas en centros penitenciarios y no a medidas acordadas en el seno de la instrucción penal³⁹. En tales supuestos, el Tribunal entiende que la proporcionalidad de las restricciones de los derechos fundamentales —en concreto en relación con la inviolabilidad de la correspondencia— ha de ser valorada atendiendo a los requisitos ordinarios y razonables del Estado de reclusión. Ello justifica que, en ocasiones, puedan adoptarse medidas más invasivas en la esfera de los derechos fundamentales respecto de un interno que respecto de una persona en libertad⁴⁰, ya sea por motivos de seguridad o como medida de prevención del delito.

De sumo interés son los razonamientos del TEDH relativos a la detención y registro de la correspondencia entre el recluso y su abogado, en tanto que ese nivel de protección de la relación de confidencialidad entre abogado y cliente constituye un mínimo que debe ser respetado también fuera del ámbito penitenciario. A este propósito, el Tribunal Europeo ha calificado la relación abogado-cliente como una relación especialmente protegida ("privileged relationship")⁴¹, lo cual implica que debe facilitarse el acceso libre a un abogado y garantizar la comunicación libre con el mismo⁴². Ese privilegio se extiende a toda la correspondencia mantenida entre el abogado y su cliente y no sólo a la relativa al proceso pendiente. A pesar de ello, el Tribunal admite la posibilidad de que se adopten ciertos controles en la correspondencia entre los reclusos y sus abogados cuando ello sea necesario para la prevención del delito, para evitar la desaparición de elementos de prueba o por razones de seguridad⁴³.

³⁹ Vid., por ejemplo, *Golder v. United Kingdom*, de 21.2.1975; *Silver v. United Kingdom*, 25.3.1983; *Boyle and Rice v. United Kingdom*, 27.4.1988; *Schönenberger and Durmaz v. Switzerland*, 20.6.1988; *McCallum v. United Kingdom*, de 30.8.1990; *Campbell v. United Kingdom*, de 25.2.1992; *Messirha v. Italy*, de 26.2.1993 y de 24.10.2002; *Calogero Diana v. Italy*, de 15.11.1996; *Puzinas v. Lithuania*, de 14.3.2002; *A. B. v. Neatherlands*, de 29.4.2002.

⁴⁰ Así, en *Golder v. United Kingdom*, de 21.2.1975.

⁴¹ Así, por ejemplo, en *S. v. Switzerland*, de 21.11.1991.

⁴² Vid. *Campbell and Fell v. United Kingdom*, de 28.6.1984.

⁴³ Así, se acepta la intervención de esa correspondencia cuando se sospecha que su contenido es ilícito y que los mecanismos de detección ordinarios no han logrado detectarlo. En esos casos, el Tribunal considera justificado abrir la correspondencia, pero sin que llegue a leerse su contenido. Para esto último sería necesario permitir al destinatario de la correspondencia que estuviera presente en el momento de la apertura. Sólo en casos excepcionales, cuando exista la sospecha de que el cauce de comunicación entre el abogado y la parte está siendo utilizado para fines delictivos o ilícitos, se admite la detención y lectura de esa correspondencia (Vid. *Campbell v. United Kingdom*, de 25.2.1992). Un control indiscriminado de toda la correspondencia enviada al abogado sería contrario al Art. 8 CEDH.

LORENA BACHMAIER WINTER

1.4. LA AUSENCIA DE UN PARÁMETRO HOMOGÉNEO PARA VALORAR LA PROPORCIONALIDAD EN MATERIA DE PRUEBA Y LA DOCTRINA DEL "MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL"

Como puede observarse no existen pautas claras para definir el presupuesto de la proporcionalidad en la adopción de las diligencias restrictivas de derechos fundamentales en el proceso penal. En relación con determinadas medidas, como la entrada y registro pueden extraerse ciertas conclusiones a partir de las valoraciones realizadas en cada caso concreto, pues al menos existe una doctrina en la cual se definen qué elementos han de tomarse en cuenta para valorar la proporcionalidad. Pero en relación con otras diligencias como las escuchas telefónicas, el TEDH no ofrece pautas específicas.

Por otro lado, las ambigüedades implícitas en la apreciación de la "necesidad de la medida en una sociedad democrática", son reflejo de la búsqueda de un ajuste entre la garantía supranacional de los Derechos Humanos a que aspira el Convenio y el respeto de las características propias de cada ordenamiento jurídico nacional. Los esfuerzos jurisprudenciales por lograr un equilibrio entre ambos extremos se han materializado en la llamada doctrina del 'margen de apreciación nacional', cuyo efecto ha sido relativizar el concepto de necesidad, remitiendo su determinación concreta a la prudencia del Tribunal nacional en el enjuiciamiento de cada caso singular sometido a su jurisdicción⁴⁴.

En síntesis, esa doctrina afirma que ha de reconocerse a las autoridades de cada Estado un margen de apreciación para estimar la necesidad de ciertas medidas restrictivas de las libertades adoptadas. Ello se fundamenta en el argumento de que esas autoridades son, de ordinario, las que mejor pueden valorar las exigencias que comporta la protección del interés público y también interpretar la legislación interna en vigor. No obstante, tal poder de apreciación no es ilimitado, sino que va a la par con un control europeo de las decisiones estatales. Éstas se encuentran sometidas a la supervisión del Tribunal Europeo; de ahí que, en realidad, pueda hablarse de un *doble margen de apreciación*: el que pertenece al Estado para aplicar en su territorio las restricciones permitidas por el párrafo 2º de los artículos 8 a 11 CEDH, y el que pertenece al Tribunal para revisar la legitimidad de las concretas actuaciones del Estado. Cuál deba ser el alcance de ese margen de discreción es una cuestión compleja, pero puede pensarse que cuando se ven afectados derechos que inci-

den particularmente en la vida privada de los individuos o en su propia identidad, es decir cuando se ve afectado alguno de los derechos del art. 8 CEDH, ese margen de apreciación discrecional debería ser más estrecho⁴⁵. Como señala Delmas-Marty⁴⁶ sería deseable establecer criterios sistemáticos para determinar la extensión del margen de apreciación nacional en cada caso, de tal manera que el margen pudiera ser más amplio o reducido en función de la mayor o menor homogeneidad apreciada entre los diferentes ordenamientos jurídicos.

IV. DEL RÉGIMEN CONVENCIONAL DE ASISTENCIA JUDICIAL AL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO EN MATERIA DE PRUEBA

1. El principio de reconocimiento mutuo

El principio de reconocimiento mutuo supone atribuir eficacia directa a las resoluciones de un órgano judicial en los demás Estados miembros de la Unión Europea, sin un previo proceso de homologación y sin control en el Estado de ejecución de los presupuestos que dan lugar a la resolución⁴⁷.

El principio de reconocimiento mutuo nace en el ámbito del desarrollo de un mercado único y la libre circulación de mercancías. Originaria-

⁴⁵ Así, C. OVEY y R. WHITE, *Jacobs and White. The European Convention on Human Rights*, Oxford 2002, p. 211. Vid. También M. DELMAS-MARTY y M. L. IZORCHES, "Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit", *Revue internationale de droit comparé* 4/2000, pp. 753 y ss.

⁴⁶ M. DELMAS-MARTY, "Towards an Integrated European Criminal Law", en *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 7 2004/2005, pp. 17-31, 23.

⁴⁷ Sobre el principio de reconocimiento mutuo, vid. entre otros, M. GUZMÁN ZAPATER, "Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de las decisiones judiciales", *Rev. Dcho. Comunitario Europeo* núm. 10 (julio/diciembre), 2001, pp. 405-438; R. A. MORÁN MARTÍNEZ, "Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea", en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, III-2003, pp. 475-505; J. DELGADO MARTÍN, "La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea", en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial XIII, 2003, pp. 283-357, 293; en el mismo volumen vid. también L. M. BUJOSA VADELL, "Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales penales: Estado de la cuestión en la Unión Europea", pp. 454 y ss.; S. GLEß, "Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung", *ZStW* 116 (2004), pp. 353-367; S. PEERS, "Mutual recognition and criminal law: Has the Council got it wrong?" 41 *Common Law Market Rev.* 2004, pp. 5 y ss.; G. ORMAZABAL, "La formación del espacio judicial europeo en materia penal y el principio de mutuo reconocimiento. Especial referencia a la extradición y al mutuo reconocimiento de pruebas", en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, Madrid 2006, pp. 37-73.

⁴⁴ La doctrina del margen de apreciación fue enunciada explícitamente por primera vez en el caso *Handyside*, 7 diciembre 1976, §§48-49. Ya se encontraba implícitamente, sin embargo, en otras sentencias anteriores.

LORENA BACHMAIER WINTER

mente significa que en cualquier sector que no haya sido objeto de medidas armonizadoras a nivel comunitario o esas medidas de armonización sean mínimas, cada Estado miembro está obligado a aceptar en su territorio productos que hayan sido legalmente producidos y comercializados en otro Estado miembro de la UE. El principio es reconocido en la tan citada sentencia del TJE *Cassis Dijon*, de 20.2.1979.

A partir del concepto de reconocimiento mutuo en el ámbito comercial, se plantea la posibilidad de aplicar el mismo principio al ámbito de la justicia con el fin de promover la libre circulación de resoluciones judiciales. Con un incipiente planteamiento en el Consejo Europeo de Cardiff (15 y 16 de junio de 1998), es en el Consejo Europeo de Tampere donde se define el principio del reconocimiento mutuo como elemento esencial en la cooperación judicial tanto en materia civil como penal. El principio de reconocimiento mutuo supera los clásicos instrumentos de la cooperación judicial entre Estados soberanos y aspira a ser un elemento para canalizar el proceso de integración supranacional⁴⁸.

Desde el Consejo de Tampere se han producido avances que hasta hace una década hubieran parecido increíbles en la cooperación judicial y policial en materia penal⁴⁹. Entre ellos, la creación de Europol, de Eurojust, de la red judicial europea, así como un significativo desarrollo del principio de reconocimiento mutuo definido fundamentalmente en el Programa de Medidas de 2001⁵⁰ y en el Plan de Acción elaborado para cumplir los objetivos fijados en el Programa de la Haya presentado en 2005⁵¹. Sendos

⁴⁸ Como señala J. PÉREZ GIL, *ob. cit.*, "el principio político que trasluce ese propósito se revela con claridad: mientras que la asistencia judicial mutua en sentido clásico toma por fundamento la existencia de Estados plenamente soberanos con sistemas penales independientes entre sí, el reconocimiento mutuo supone ir un paso más allá, en la medida en que los ordenamientos penales de los diversos Estados aspiran a funcionar no sólo armónica o acompañadamente, sino con un alto nivel de integración o al menos de coordinación operativa."

⁴⁹ Para una síntesis de estos instrumentos y la llamada "europeización" del proceso penal vid. entre otros, U. NELLES, *Europäisierung des Strafverfahrens- Strafprozessrecht für Europa?*, ZStW 1997/4, pp. 727-755; S. GLEß y M. LÜKE, *Strafverfolgung über die Grenzen hinweg. Formen der Zusammenarbeit europäischer Länder zur Kriminalitätsbekämpfung*, JURA, 1998, pp. 70-79; F. MARTÍN DÍZ, "Cooperación policial y judicial en materia penal en España: particularidades transfronterizas en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea", *Rev. Poder Judicial*, núm. 161 (2001), pp. 333-411; C. M. DÍAZ BARRADO, "La cooperación policial y la cooperación judicial penal en el seno de la Unión Europea. Nuevas perspectivas", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 218 (2003), pp. 35-47.

⁵⁰ Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal (2001/C 12/02).

⁵¹ Plan de Acción aprobado conjuntamente por la Comisión y el Consejo de 2 y 3 de junio de 2005 con el fin de realizar el Programa de la Haya. SEC (2005) 641. En relación con su desarrollo vid. la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y el fortalecimiento de la confianza mutua entre los Estados miembros, COM (2005) 195 final, de 19.5.2005.

programas definen las áreas en las que ha de ir implantándose el principio de reconocimiento mutuo, los campos prioritarios y un calendario de acción. Como consecuencia de ello ya han sido aprobados numerosos instrumentos jurídicos europeos con el fin de facilitar la "libre circulación" de resoluciones penales⁵² y cuyo exponente más relevante quizás sea la orden europea de detención y entrega⁵³. Sin necesidad de detallar cada uno de los instrumentos en materia penal elaborados sobre la base del principio de reconocimiento, su relevancia en la construcción del espacio judicial europeo queda patente al aparecer mencionado este principio en el texto propuesto de Constitución Europea (entre otros en los arts. III-257 y 270).

2. El principio de reconocimiento mutuo en materia de prueba en el proceso penal

En materia probatoria resulta de enorme interés la propuesta de Decisión Marco del Consejo "relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal", presentada por la Comisión el 14 de noviembre de 2003⁵⁴. Con el exhorto europeo se persigue una cooperación judicial más rápida y efectiva en materia penal, estableciendo el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales que solicitan la obtención de pruebas⁵⁵. Su ámbito de aplicación es limitado. Sólo se refiere a los elementos de prueba ya existentes y directamente disponibles y no se aplica a medidas de instrucción procesal que impliquen la obtención de pruebas en tiempo real, como las intervenciones telefónicas, ni al control de cuentas bancarias. Queda excluido también el interrogatorio de testigos.

⁵² Vid., entre otras, la Decisión Marco del Consejo de 22 de julio de 2003 relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de prueba (DO L 196 de 2.8.2003); la Decisión Marco del Consejo de 24 de febrero de 2005 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias (DO L 76 de 22.3.2005); y la Decisión Marco del Consejo de 24 de febrero de 2005 relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito (DO L 68, de 15.3.2005).

⁵³ Vid. DO L 190, de 18.7.2002.

⁵⁴ COM (2003) 688 final. Esta propuesta de Decisión Marco, según se señala en su Exposición de Motivos, complementa la Decisión Marco aprobada en materia de resoluciones de embargo preventivo.

⁵⁵ Sobre la "Propuesta de Decisión Marco relativa al Exhorto de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal" vid. mi trabajo "El exhorto de obtención de pruebas en el proceso penal. Estudio y perspectivas de la propuesta de Decisión Marco", en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, Madrid 2006, pp. 131-178.

Se centra en las órdenes judiciales de registro e incautación de objetos o documentos, así como en los requerimientos para la presentación de documentos u objetos⁵⁶ que sean necesarios y proporcionados al objeto de un proceso penal (o procedimiento administrativo cuya decisión pueda dar lugar a incoación procedimiento penal, conforme al art. 4). La solicitud se remitirá directamente a la autoridad judicial competente para su ejecución. Se abandona, como regla, el requisito de la doble tipificación como presupuesto para el cumplimiento del exhorto (art. 16), si bien se imponen ciertas condiciones: no se requiere cuando “no es necesario hacer un registro de locales privados para ejecutar el exhorto”, o se trata de alguno de los delitos enumerados en el propio art. 16, tal y como estén tipificados en la legislación del Estado requirente⁵⁷. En la ejecución del exhorto habrán de utilizarse los medios menos incisivos posibles y habrá de respetarse el derecho a la no autoincriminación (art. 12.1). En relación con el registro de locales privados, como regla no podrá realizarse por la noche, y debe notificarse a la persona cuyos locales sean objeto de la medida de entrada y registro (art. 16.2). La autoridad judicial del Estado requerido podrá rechazar el reconocimiento de la resolución o la ejecución de la solicitud si se infringe el principio *ne bis in idem* (art. 5).

El contenido de esta propuesta supone un significativo avance respecto de las previsiones contenidas en el Convenio de Schengen y, en relación con las medidas que regula, también supera los mecanismos de cooperación del Convenio Europeo de 2000. Sin embargo, el contenido de esta propuesta no está exento de críticas y la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en materia probatoria suscita enormes dudas.

De un lado, muchos Estados no ven con buenos ojos tener que transmitir datos privados de sus ciudadanos en busca de elementos probatorios para el enjuiciamiento de unos hechos que en ese territorio no son constitutivos de delito. Y de otro lado, en el texto de la propuesta no figura expresamente una cláusula que garantice suficientemente los derechos fundamentales de los afectados, lo cual, además de ser calificado como

⁵⁶ Conforme al art. 3, el exhorto europeo no podrá utilizarse para la obtención de esas pruebas excluidas. Pero, si tales pruebas ya se han realizado en el Estado miembro requerido, sí podrá solicitarse la transmisión de esos objetos o documentos a través del exhorto europeo. Por ejemplo, este cauce no es aplicable para solicitar la intervención y grabación de conversaciones telefónicas; pero, si esa medida ya se hubiera practicado en el Estado requerido, a través del exhorto europeo podría solicitarse la remisión de las grabaciones.

⁵⁷ En el art. 16 se enumeran 39 delitos, de diversa índole y gravedad, que van desde el terrorismo a la conducta contraria a la legislación de tráfico por carretera.

inaceptable por diversas organizaciones profesionales⁵⁸, es calificado por algún autor como una chapuza técnica⁵⁹.

Este nuevo instrumento para canalizar la asistencia judicial en materia penal, que de momento está pendiente de ser adoptado⁶⁰, pretende ser un primer paso en el camino hacia la creación de un único instrumento de reconocimiento mutuo en materia probatoria⁶¹. La pregunta que aquí se plantea es la de si actualmente se dan las condiciones para implantar el principio del reconocimiento mutuo en materia probatoria.

3. La confianza como premisa para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo

A pesar del impulso que, a través de la implantación del reconocimiento mutuo en diversos ámbitos ha recibido la cooperación judicial penal, nos encontramos actualmente en un momento en el que se cuestiona si para la creación de un espacio de libertad, justicia y seguridad y para una eficaz represión de la delincuencia transnacional, es realmente necesario extender el principio del reconocimiento mutuo a la actividad probatoria.

Las dificultades que se han planteado en la aprobación de la propuesta de Decisión Marco relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas en el proceso penal —y sin olvidar la problemática aplicación de las

⁵⁸ Vid. por todos Statewatch Briefing on the European Evidence Warrant to the European Parliament, <http://statewatch.org/analyses/no-25-swatch-evid-warrant.pdf>.

⁵⁹ J. R. SPENCER, “An Academic Critique of the EU Acquis in Relation to Transborder Evidence-Gathering”, en *Dealing with European Evidence in Criminal Proceedings: National Practice and European Union Policy*, ERA-FORUM, SCRIPTA IURIS EUROPÆI, Trier 2005, p. 39: “at a purely technical level, it is messy in the extreme if such guarantees are contained in one instrument relating to mutual assistance but not another”.

⁶⁰ En el punto 4.1 del Plan de Acción elaborado para cumplir los objetivos fijados en el Programa de la Haya (SEC (2005) 641) se fija como objetivo para 2007 la aprobación de la Decisión Marco del exhorto europeo de obtención de pruebas. En la reunión del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior celebrada en Luxemburgo los días 1 y 2 de junio de 2006, el Consejo llegó a un acuerdo basado en un texto transaccional presentado por la Presidencia. En dicho texto se incluyen algunas modificaciones respecto del texto de la propuesta de Decisión Marco de 2003, en particular, se añade una cláusula de territorialidad y se reduce la lista de delitos exentos del requisito de doble tipificación. Al respecto vid. el comunicado de prensa de la sesión nº 2732 del Consejo, 9409/06 (Presse 144), que puede consultarse en <http://www.consilium.europa.eu>.

⁶¹ El principio del reconocimiento mutuo es para la Comisión Europea la meta a alcanzar. Así se señala en el punto 2 de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Decisión Marco relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas y la intención de la Comisión es que toda la cooperación en materia probatoria se articule en un único instrumento (punto 39 de la E. de M.).

órdenes de detención y entrega en diversos Estados miembros⁶², ponen de manifiesto las reticencias de los Estados a conferir a las solicitudes extranjeras de cooperación judicial en materia probatoria la misma consideración que si se tratara de una solicitud proveniente de un órgano judicial del propio Estado⁶³.

Y si el reconocimiento y ejecución automáticos de los exhortos sobre prueba son vistos con recelo, la idea de una automática admisibilidad en el proceso de las pruebas obtenidas en cualquier Estado miembro de la UE, genera aún más objeciones que el exhorto europeo de obtención de pruebas⁶⁴. ¿Cuáles son los motivos de esos recelos?

Un Estado está dispuesto a conferir eficacia directa a una resolución judicial emitida en otro Estado miembro y asume la obligación de darle cumplimiento, porque confía en el sistema jurídico y en la organización judicial del Estado emisor. Esa confianza se asienta en la convicción de que en ese Estado rigen y se respetan los mismos principios en materia de garantías y derechos fundamentales. La existencia de unos principios jurídicos comunes son esenciales para aceptar que las resoluciones judiciales emitidas en otros Estados gocen de eficacia casi automática en otro Estado y esos valores compartidos son los que permiten superar la diversidad de normas jurídicas⁶⁵. Por ello el primer paso para su implan-

⁶² Al respecto vid., entre otros, M. L. VILLAMARIN LÓPEZ, "Los problemas de aplicación de la orden europea de detención y entrega en relación con los nacionales. Comentario a la sentencia de 18 de julio de 2005 del Tribunal Constitucional alemán", en *El derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, Madrid 2006, pp. 107-130.

⁶³ Conforme al art. 25 de la propuesta de Decisión Marco relativa al exhorto de obtención de pruebas, este instrumento debería haberse aprobado en el 2004 y los Estados deberían haber implementado esta Decisión Marco antes del 1 de enero de 2005. Tales plazos no han podido cumplirse debido a las objeciones que se han formulado frente al texto de la misma. En el calendario que se contiene en el plan de Acción del Consejo y de la Comisión destinado a poner en práctica el Programa de la Haya, de 10 de junio de 2005 (9246/2/02 JAI 184), se aplaza la aprobación de esta Decisión Marco al año 2007. Acerca de las objeciones formuladas frente al exhorto europeo de obtención de pruebas me remito a lo expuesto en mi trabajo "El exhorto de obtención de pruebas en el proceso penal. Estudio y perspectivas de la propuesta de Decisión Marco", *cit.*, p. 172.

⁶⁴ S. GLEß, "Die 'Verkehrsfähigkeit von Beweisen' im Strafverfahren", *ZStW* 115 (2003), pp. 131-150, 144. Vid. J. R. SPENCER, "An Academic Critique of the EU Acquis in Relation to Transborder Evidence-Gathering", en *Dealing with European Evidence in Criminal Proceedings: National Practice and European Union Policy*, ERA-FORUM, SCRIPTA IURIS EUROPAEI, Trier 2005, pp. 28-40, 37; S. GLEß, "Mutual recognition, judicial inquiries, due process and fundamental rights, in *European Evidence Warrant. Transnational Inquiries in the EU*, (ed. J.A.E. Vervaele), Antwerpen-Oxford, 2005, p. 128.

⁶⁵ En la Exposición de Motivos de la Propuesta de Decisión Marco para el exhorto de obtención de pruebas se señala, que el alcance del reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal "depende estrechamente de la existencia y del contenido de determinados parámetros que condicionan la eficacia del ejercicio uno de los cuales es la definición de las normas mínimas comunes necesarias".

tación requiere valorar si los diversos Estados confían en el marco normativo y la aplicación que del mismo se hace en los demás Estados. Si se advirtiera que tal confianza mutua no está suficientemente asentada, habría que estudiar cuáles son las medidas necesarias para generarla⁶⁶.

Por parte de la Comisión Europea se afirma reiteradamente que la necesaria confianza entre los diversos Estados miembros de la UE existe, porque todos comparten una misma concepción de los derechos fundamentales, al estar todos ellos vinculados por los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos y en particular por el CEDH. Pero esa afirmación no puede ser asumida sin más. El estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo permite constatar que en materia probatoria no existen pautas definidas.

En materia de obtención de pruebas a través de diligencias restrictivas de derechos fundamentales todavía estamos lejos de encontrar una concepción común de la proporcionalidad de estas medidas o de la eficacia probatoria de las mismas⁶⁷. Preguntas como frente a qué tipo de delitos está justificada la adopción de esas medidas, o qué entiende el Tribunal por delitos graves (*serious offences*), son cuestiones que, a nuestro juicio, requieren una respuesta más precisa si se desea lograr una mayor armonización. Igualmente queda sin respuesta la cuestión de cuáles son los indicios que justifican la intromisión en la esfera de los derechos fundamentales para el fin de la investigación penal⁶⁸. Es cierto que esas cuestiones suelen estar definidas a nivel nacional, y que conforme a la teoría del margen de discrecionalidad nacional, en estas materias no hay pautas exactas que permitan ir aproximando entre sí los ordenamientos europeos.

Pero incluso en aquellas materias en las que podemos reconocer que ya se ha definido claramente cuáles son los presupuestos y límites en la obtención de pruebas, en las que existe una idea común de las garantías mínimas que han de respetarse en el proceso penal, ello no implica que

⁶⁶ Como reconoce J. PÉREZ GIL, *ob. cit.*, p. 1556, en relación con el Convenio europeo de Asistencia Judicial de 2000, la confianza en los respectivos sistemas jurídicos y su capacidad para garantizar un juicio justo de momento "se corresponde más con una aspiración".

⁶⁷ Vid. U. SIEBER, "Auf Dem Weg zu einem europäischen Strafrecht. Einführung zum Corpus Iuris", en *Corpus Iuris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, (ed. M. Delmas-Marty), Köln 1998, p. 26; S. GLEß, "Mutual recognition, judicial inquiries, due process and fundamental rights", en *European Evidence Warrant. Transnational Inquiries in the EU*, *cit.*, p. 24, para quien el CEDH no sirve para definir un *standard* mínimo de garantías en relación con los diversos aspectos de la prueba, pues su jurisprudencia sólo afecta a la obtención de las pruebas.

⁶⁸ Así también H. H. KÜHNE, "Gruntsrechtsschutz in einem grenzenlosen europäischen Strafrecht", en la obra colectiva *Europäischer Grundrechtsschutz*, *cit.*, pp. 61 y 65.

éstas se cumplan en todos los casos y en todos los Estados. Prueba de ello son las numerosas sentencias de condena del TEDH, en las que precisamente se reconoce que se ha infringido un derecho reconocido en el CEDH⁶⁹.

V. CONCLUSIÓN

La jurisprudencia del TEDH, al definir las garantías mínimas, representa el punto de partida para cualquier regulación procesal europea y también para la instauración del principio de reconocimiento mutuo. Mediante una doctrina jurisprudencial exigente en materia de garantías procesales, ha promovido la reforma y actualización de las legislaciones de los diversos Estados miembros, generando una mayor transparencia y claridad en la adopción de las medidas restrictivas de derechos fundamentales y estableciendo mecanismos de control y protección no presentes hasta entonces en algunos ordenamientos jurídicos. Pero la doctrina del TEDH no es suficiente para superar la desconfianza frente a los ordenamientos jurídicos extranjeros.

Por otro lado, el camino de la cooperación judicial a través del reconocimiento mutuo no puede ser visto como una vía autónoma, pues muchas veces los cauces de cooperación asumidos y aprobados fracasan al chocar con las disposiciones nacionales. La disparidad de normas a nivel estatal, además de generar desconfianza, representa un freno a la cooperación. Por ello resulta imprescindible trabajar hacia una mayor armonización, hacia una aproximación de las legislaciones nacionales que, sin aspirar a una unificación, permita al menos eliminar las diferencias que obstaculizan una cooperación eficaz⁷⁰. El camino hacia el reconocimiento mutuo ha de ir acompañado de una intensa labor de derecho comparado, que no es sino un intento de comprender la cultura del otro a través del estudio y profundización en el derecho que rige una determinada sociedad. Sólo a partir de esa visión iuscomparatista, desde el res-

peto a las peculiaridades culturales de cada Estado miembro, pueden ir encontrándose puntos de consenso que hagan posible en el futuro una mayor armonización de los diferentes ordenamientos jurídicos, y sobre esa base, implantar el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materias tan sensibles como las diligencias procesales restrictivas de derechos fundamentales.

Mientras se llega a ese punto creo que es imprescindible seguir trabajando para lograr una comunicación más ágil y una mejor coordinación de las solicitudes de asistencia judicial en materia de prueba y las mejoras no han de centrarse exclusivamente en la elaboración de nuevos instrumentos jurídicos, sino también en la eficiente aplicación de los existentes.

⁶⁹ CH. BRANTS, "Procedural Safeguards in the European Union: too little, too late?" en *European Evidence Warrant. Transnational Inquiries in the EU*, cit., p. 103.

⁷⁰ La importancia de la armonización en la esfera procesal como elemento necesario en cualquier proceso de integración ya fue destacada por M. CAPPELLETTI y D. GOLAY, "Judicial Branch in the Federal and Transnational Union" en *Integration Through Law*, vol. 1, p. 265: "Harmonization of judicial procedures will thus present a compelling problem in the federal or transnational union comprising countries with different legal traditions and varied judicial customs and institutions." En relación con la necesidad de armonizar las normas reguladoras del proceso de instrucción penal en Europa, vid. W. PERRON, *Auf dem Weg zu einem europäischen Ermittlungsverfahren?*, ZStW 112 (2002), pp. 202-224.